

Algunas observaciones a normas procesales del Código de Familia

William Torrez Peralta
Profesor Titular de la Universidad Centroamericana, Nicaragua
torrezperalta@yahoo.com

Fecha de recibido: 08 de julio de 2015/ Fecha de aprobación: 28 de agosto de 2015

Resumen

El Código de Familia —Ley N°. 870, aprobada el 24 de junio de 2014, publicada en La Gaceta N°. 190 de 8 de octubre de 2014—, regula en su texto normas de carácter procesal. La regulación por parte de textos sustantivos de materia ajena a su propia naturaleza debe ser muy rigurosa para evitar incursionar en contradicciones, vacíos, deficiencias o arbitrariedades que complican la interpretación en el mejor de los casos o reducen las garantías procesales, en los peores. Este es el caso en el que nos encontramos con respecto a las normas de carácter procesal reguladas en la norma de familia. Si bien se ha aprobado con anterioridad a la norma procesal supletoria, ello no es justificación para incurrir en tales errores tanto de doctrina como de práctica, por cuanto, lo esencial en este asunto es la garantía de los derechos de sus destinatarios.

Palabras clave

Proceso / Procedimiento / Tutela judicial efectiva

Abstract

The Family Code —Law N °. 870, adopted on June 24, 2014, published in Official newspaper N°. 190 of October 8, 2014— regulates its procedural rules text. The regulation by substantive texts of matter beyond its very nature must be very rigorous to avoid venturing into contradictions, gaps, deficiencies or abuses that complicate the interpretation in the best or reduce procedural guarantees, at the worst. This is the case where we stand with respect to procedural rules governed by the rule of the family. While it has been approved prior to the extra procedural rule, it is no justification for incurring such errors both doctrine and practice, because, essentially in this matter is the guarantee of the rights of its addressees.

Keywords

Process / Procedure / Effective judicial protection

Tabla de contenido

Introducción II. Cuestiones previas. III. Artículos del Código de Familia comentados. 1. Sobre la competencia. 2. Sobre la recusación. 3. Sobre las partes procesales. 4. Sobre la contestación a la demanda. 5. Sobre la rebeldía. 6. Sobre la audiencia inicial. 7. Sobre la sentencia firme. 8. Sobre el recurso de casación. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El presente artículo tiene como objeto realizar algunos comentarios sobre determinadas normas procesales que están contenidas en el Código de Familia (en adelante CF). Este estudio de análisis tomará como referentes de evaluación no sólo la doctrina más avanzada en la materia sino también el contenido del nuevo Código Procesal Civil (en adelante, CPC) de reciente aprobación.⁵³

Antes de proceder a cumplir con el objetivo propuesto en este artículo, me detendré brevemente a comentar estas situaciones jurídico-legales en las cuales un texto sustantivo regula cuestiones procedimentales. Considero que esta técnica legislativa es inapropiada pues la práctica forense ha demostrado, en no pocas ocasiones, su tendencia a la creación de contradicciones y, en algunos casos incurrir en vulneraciones al principio de igualdad. Una reducción de las garantías procedimentales impuestas en el texto sustantivo, cuando éstas no se acompañan de la debida justificación, significa una violación clara al principio de igualdad, situación que, como se analizará más adelante, encontramos en el análisis de esta norma. Las contradicciones, por otro lado, dejan al interesado en un estado de arbitrariedad que provocaría su indefensión jurídica, lo que supondría una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. Cuando un texto se apropia parcialmente de una materia para la que existe una regulación específica, se suscita la eterna cuestión de conocer cuáles son los límites competenciales de regulación de dicha materia, es decir, saber dónde está la línea que pone el alto a una regulación por exceso de la norma sustantiva sobre la cuestión procedimental, sus límites y fundamento, criterios que nos asegurarían contra la arbitrariedad y nos mantendría en el estado de derecho.

En el presente caso, nos encontramos con supuestos en los que una escasa regulación de una cuestión planteada en el CF no puede ser, en este caso, subsanada por la norma general, al ser ésta una norma que responde al proceso escrito. En este caso, una combinación de normas incompatibles no nos puede dar la solución. Tal vez, de ahí, se derive, entre otras situaciones, la necesidad de premura en publicar el nuevo Código Procesal Civil. Si bien, esta situación

⁵³ www.asamblea.gob.ni

permite una mayor profundización en el tema, dejamos la cuestión planteada para proceder al objeto concreto sobre el que versa este artículo.

Retomando el objetivo de este artículo, en el presente artículo se comentan y analizan algunos preceptos del nuevo CF relativos al proceso que, desde mi parecer, presentan algunos errores o que son inconsistentes con respecto a las nuevas corrientes doctrinales e incluso, y por el «*momentum*» legal que atravesamos, con el Código Procesal Civil, norma, como se señalaba de pronta aprobación, y que se caracteriza por su inspiración innovadora y de carácter supletorio al Código de Familia en aquellos casos que, en materia procesal, no se contemplan en el CF.

Los siguientes comentarios no tendrán por objetivo abarcar todas las posibilidades argumentativas que el nuevo código nos presenta en materia procesal sino que se reducirá a ciertos preceptos que han sido seleccionados bajo dos criterios. En primer lugar, la relevancia de las figuras comentadas en la «*praxis*» del Derecho procesal y/o, en segundo lugar, por su capacidad para instaurar mecanismos de protección jurisdiccional o tutela judicial que el Estado se obliga a implementar. Es por ello, que un tratamiento riguroso, certero y sin ambigüedades sea requisito fundamental para que estas figuras, por su relevancia, surtan los efectos esperados, que su tratamiento responda a la eficacia de sus objetivos y sirvan al buen desarrollo del proceso (CORDÓN MORENO, 2004, pp. 216-217. En el mismo sentido, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000, pp. 14-15).

En este sentido, las reformas que se acercan propiciadas por el nuevo sistema de Derecho Procesal Civil son un importante atractivo para abordar la regulación procesal del CF. Un estudio de este novedoso texto, nos pone de manifiesto un claro cambio en la filosofía sobre las que descansan algunas instituciones procesales, lo que supone un evidente cambio de concepción del proceso civil que deberá trasladarse a todas sus normas.

Y es que el nuevo Código Procesal Civil se diseña a la vista de regular instituciones procesales idóneas, efectivas y adecuadas a las nuevas realidades como son los avances científicos y técnicos para su posible incorporación al proceso pero ello sin prescindir de la historia, la idiosincrasia y los valores nicaragüenses. Este nuevo cambio impulsado por la futura norma procesal no debería verse debilitada por aplicaciones inconsistentes con su espíritu, bien sea en cualquier tipo de proceso donde sus normas vengan a ser llamadas a aplicarse, pues pondrían en peligro, no sólo el principio de igualdad sino el derecho a obtener una tutela judicial que garantice su eficacia, cuestión de especial importancia en un Estado social y democrático de derecho.

De esta forma, el presente trabajo pone de relieve algunas diferencias procesales entre la regulación procedimental del Código de Familia, con todas

sus deficiencias, en contraste con el nuevo Código Procesal Civil, como se señalaba, en algunos preceptos de mayor importancia y trascendencia práctica y de fondo.

Desde el punto de vista metodológico, el presente artículo se presenta bajo un enfoque de corte *comparado* (o, como también se dice, *comparativo*), en tanto en cuanto, lo que intentamos es hacer un análisis que ponga de manifiesto las coincidencias y las diferencias entre los dos Códigos legales examinados. Por otro lado, y en virtud de la naturaleza de la investigación, se contemplan los problemas jurídicos-procesales desde una perspectiva esencialmente formalista.

II. Cuestiones previas

Dedica el Código de Familia, en su Libro Sexto a las regulaciones de los «procesos de familia», denominación bajo la que se engloban determinadas materias tales como: matrimonio, unión de hecho estable, filiación, paternidad, maternidad, alimentos, incapacidad, tutela, adopción, entre otras.

A la luz del contenido de las «disposiciones generales» a todo ello que el legislador ha detallado en los artículos 425 a 485 del CF, puede decirse que estamos en presencia de los doctrinalmente denominados, «*procesos civiles inquisitivos*», donde la vigencia del principio dispositivo y su aportación, que se manifiestan de manera hegemónica en todos los procesos civiles con carácter general, queda muy atenuada, hasta el extremo de dar entrada a múltiples manifestaciones de sus pares contrarios, esto es a los principios inquisitivo y de investigación (CALAMANDREI, 1962, pp. 408-409).

De forma ilustrativa, se señala que en esta clase de procesos “inquisitivos” es siempre perceptiva la intervención de la Procuraduría General de la República (art. 475 CF), el juez puede promover de oficio los medios de prueba que tenga por conveniente⁵⁴, rige el principio de la libre valoración de la prueba (arts. 507-508 CF), el allanamiento carece en algunos casos de efecto vinculante (art. 503 CF), en materia de medidas cautelares se podrán adoptar tanto de oficio como a instancia de parte (arts. 458, 462, 463 y 483.d) CF); además para la adopción de dichas medidas cautelares «*el solicitante no rendirá caución*» (art. 460.a) CF), o finalmente y como última característica a la totalidad de los procesos civiles especiales, se establece que cuando la sentencia firme en algunos supuestos como «*disolución del vínculo matrimonial, la nulidad del matrimonio, o cualquier modificación de la filiación de una persona, o la suspensión o pérdida de la autoridad parental, así como la que ordena el nombramiento de un tutor o tutora*», el juez

⁵⁴ En este sentido, el artículo 511 del Código de Familia dispone: «Además del derecho que asiste a las partes, el juez o jueza podrá disponer de oficio, antes y durante las audiencias, la práctica de pruebas que a su juicio considere indispensables para llegar al correcto conocimiento de la verdad en relación con las cuestiones planteadas».

comunicará de oficio al Registro Civil de las Personas dichas resoluciones (art. 560 CF).

III. Artículos del Código de Familia comentados

I. Sobre la competencia

En el Capítulo I «Ámbito de aplicación, de la jurisdicción y competencia», del Título I De las disposiciones generales, se lee:

«Art. 429 Competencia por razón de la materia

Los asuntos de familia y personas, de que trata este Código, serán conocidos en la jurisdicción especializada familiar, que debe existir en la Corte Suprema de Justicia, Tribunales de Apelaciones, juzgados de distrito y juzgados locales, conforme ha establecido la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los asuntos sobre declaración de incapacidad, tutela y adopción, serán conocidos, en primera instancia, únicamente, por los juzgados de distrito de Familia o en su defecto por juzgados de distrito civil.

Como segunda instancia, para todos los casos, conocerá la Sala de Familia del Tribunal de Apelaciones, y la Sala de Familia de la Corte Suprema de Justicia conocerá del Recurso de Casación».

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la competencia es el mecanismo jurídico por medio del cual se asigna a cada juzgado o tribunal el conocimiento de un determinado asunto litigioso; y que por tanto, la distribución de esos asuntos entre los órganos judiciales se efectúa en base a determinados criterios que aseguran la imparcialidad y transparencia al momento de identificar al juzgado o tribunal que debe decidir un asunto concreto. Los criterios usuales por la doctrina científica y las legislaciones modernas son los siguientes: objetivo, territorial y funcional (ALMAGRO NOSETE; GIMENO SENDRA; CORTES DOMINGUEZ; y MORENO CATENA, 1991, p. 236).

Para determinar la competencia objetiva, tanto la doctrina como las normas procesales (art. 29 CPC) atienden a dos criterios:

1. La materia sobre la que versa el litigio- nos encontramos así con un criterio de competencia objetiva por razón de la materia.
2. La cuantía o valor de lo que el actor solicita en la demanda- es este el criterio de competencia objetiva por razón de la cuantía.

Dado que en materia de familia, éste último criterio no se utiliza, el título correcto hubiera sido “competencia objetiva por razón de la materia”. De este

modo, sería coherente con el tratamiento que le dedica el CPC en su artículo 29. Por otro lado, se estaría en congruencia con la doctrina al caso. Este tipo de errores, aunque parezcan insignificantes suelen acarrear mayores inexactitudes doctrinales que terminan por confundir la naturaleza de sus instituciones, y así su objeto y fines, que es lo que sucede en el caso siguiente.

En el último párrafo del citado precepto, se expresa que *«como segunda instancia, para todos los casos, conocerá la Sala de Familia del Tribunal de Apelaciones, y la Sala de Familia de la Corte Suprema de Justicia conocerá del Recurso de Casación»*.

Esta última parte del artículo está haciendo alusión a la “competencia funcional”, otro tipo de criterio competencial, criterio que tiene como objeto el aprovechamiento integral de la organización administrativa de la Justicia, tanto en su aspecto objetivo como en su aspecto territorial. Determinados cometidos son atribuidos a un tribunal en virtud de la posición que ocupa respecto de otro en el aspecto organizativo. La competencia funcional ostenta lo que doctrinalmente se ha denominado un «carácter derivado», queriéndose identificar con ello su falta de autonomía respecto a la competencia objetiva (MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; MONTÓN REDONDO; y BARONA VILAR, 2010, pp. 233-234).

Sucede así que la determinación del órgano jurisdiccional que asume la competencia funcional es automática, siempre que se tenga la certeza de cuál sea el órgano objetivamente competente en la instancia.

A la presente manifestación de competencia se refiere fundamentalmente el artículo 32 del Código Procesal Civil, al disponer que: *«1. Los juzgados y tribunales que tengan competencia para conocer de un proceso, la tendrán también para conocer las excepciones que en él se propongan, sus incidentes e incidencias, aprobar u homologar acuerdos o transacciones, sean estas judiciales o extrajudiciales, llevar a efecto las providencias y autos que dictaren y la ejecución de la sentencia. 2. También tendrán competencia para conocer las cuestiones que se susciten por vía de reconvencción o de compensación, aunque el conocimiento de estas cuestiones atendida su cuantía, hubiere de corresponder a la autoridad judicial inferior, si se entablaren por separado»*.

En definitiva, el último párrafo del artículo comentado debería estar subtítulo como «competencia funcional» y no como está diseñado, dentro de la competencia objetiva con el erróneo nombre de *«competencia por razón de la materia»*, que ya se mencionó. Como se observa, la técnica jurídica utilizada confunde y no responde a las exigencias de claridad y precisión que toda norma jurídica exige.

«Art. 430 Competencia por razón del lugar

La competencia para conocer por razón del lugar, de los asuntos de que habla este Código, se determina de acuerdo con las reglas siguientes:

a) Cuando se reclamen derechos para personas que con especial protección regula este Código; niña, niño, adolescente, concebidos y no nacidos, mujeres en gravidez, personas declaradas incapaces o discapacitados, adultos mayores y víctimas de violencia intrafamiliar, será competente el juez o jueza del juzgado del domicilio de estos.

b) En los asuntos sobre nulidad de matrimonio, divorcio, reconocimiento de unión de hecho estable, capitulaciones matrimoniales y otros litigios entre cónyuges, conocerá el juez del domicilio común y de no existir éste, será el del domicilio del demandado, si es conocido; y en otro caso, el del demandante».

Analizada la competencia objetiva, corresponde ahora abordar la competencia territorial a la que erróneamente el legislador le denominó en el CF «competencia por razón del lugar». Volvemos, como en la situación anterior, a denominar a instituciones jurídico-procesales con diferentes expresiones, lo cual evita guardar una coherencia terminológica entre los diferentes textos. La competencia territorial es aquella manifestación de competencia mediante la que se determina qué órgano judicial en concreto, de entre una pluralidad de los del mismo tipo, va a ser el competente para conocer de un determinado negocio (ARROYO FIESTAS, 2004, pp. 91-92).

La existencia de un criterio territorial de determinación de competencia se justifica ante la existencia de una gran multitud de órganos judiciales del lugar del mismo tipo que actualizan la potestad jurisdiccional a lo largo y ancho de todo el país, dividido en departamentos, municipios y regiones autónomas para el caso del Caribe norte y sur.

Las normas reguladoras de la competencia territorial se configuran con un carácter necesario, es decir, de «*ius cogens*» sobre el que las partes en conflicto carecen de cualquier margen de maniobra en orden a su supresión, alteración o modificación por la vía convencional, debiéndose someterse imperativamente al juez del lugar que la norma les indica tal y como se indica en las reglas del artículo 430 CF (GARBERÍ LLOBREGAT, 2001, p. 738).

2. Sobre la recusación

En el Capítulo II «*Principios especiales del proceso familiar*», del Título I Disposiciones generales, dice:

«Art. 453 Oportunidad para recusar

La recusación se interpondrá por escrito ante la autoridad judicial del asunto, ofreciendo las pruebas que la sustenten. Durante la audiencia inicial, se recusará verbalmente, con entrega del escrito y su prueba en el propio acto, o se consignará en el acta que se levanta al efecto, teniéndose así por interpuesta.

La recusación de los secretarios y secretarias de las Salas de Familia de los Tribunales de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia se realizará en el propio escrito en que se interponga el recurso, o mediante un escrito independiente, dentro del tercer día hábil contado a partir de la radicación del recurso en la sede del tribunal respectivo».

Como se sabe la recusación constituye un instrumento procesal tendente a salvaguardar la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales con respecto a las partes intervinientes en un determinado proceso. Es, ante todo, un derecho fundamental de las partes, integrado en el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, razón por la cual los jueces y tribunales, habrán de velar por su estricta observancia bajo riesgo de nulidad.

De entrada se puede apreciar que el artículo en comento no responde al principio de seguridad y de certeza que debe acompañar a toda norma que se precie de garantista. Y es que, dicho artículo no precisa uno de los elementos fundamentales que debe acompañar a la figura de la recusación que es la determinación del momento procesal en el cual ésta sería procedente. En caso contrario, se podría producir un claro fraude procesal, recurriendo a la utilización de esta figura en el momento más conveniente para la parte interesada. Si bien, el precepto señala «*la audiencia inicial*», ésta no es el único momento en el que puede interponerse, como así se deriva del propio artículo. No obstante, no contiene el presupuesto necesario para interponer la figura una vez pasada esta audiencia inicial, abriéndose a una interpretación errónea de que la recusación pudiera interponerse en cualquier momento procesal sin mayores requerimientos.

De acuerdo con las normas procesales modernas y la doctrina, la recusación del juez o magistrado en quien contra alguna causa legal determine o pueda determinar su falta de imparcialidad, deberá proponerse por la parte procesal tan pronto tenga conocimiento de la causa en que se funde (RAMOS MÉNDEZ, 1990, p. 131. En el mismo sentido, RIFÁ SOLER; RICHARD GONZÁLEZ; y RIAÑO BRUN, 2006, p. 235).

Y en este sentido se pronuncia el artículo 58.2 CPC al disponer que «*la recusación deberá promoverse por la parte interesada en la primera actuación que se realice en el proceso. Cuando la causal se hubiera producido o conocido con posterioridad, deberá ser propuesta inmediatamente después de su conocimiento la que se resolverá en audiencia conforme a este Código*». Por lo tanto, serán

inadmitidas a trámite las recusaciones que no propuestas al inicio del proceso, no van justificadas por un conocimiento sobrevenido.

Por otro lado, hay que dejar claro, que no hay que esperar a la audiencia inicial para interponer la recusación, pudiéndose presentar en el momento del emplazamiento para la contestación a la demanda, lo cual no queda claro, por las razones antes aducidas, en la disposición comentada. En este caso, la presentación en audiencia inicial respondería a razones o de desconocimiento o a situaciones sobrevenidas. Estamos, por lo tanto, ante momentos preclusivos, y que por ello exigen de la mayor determinación por parte de la norma.

Existe, pues, un momento preclusivo para formular la recusación, que coincide con aquel instante en el que la parte legitimada tome conocimiento del hecho determinante de aquella. Sólo las recusaciones propuestas en ese momento pueden ser admitidas a trámite. Sobre las propuestas con posterioridad, la Ley presume que si la parte dejó pasar el tiempo desde que conoció el motivo de la recusación antes de proponerla, su intención, entonces, no es acorde con el principio de la buena fe procesal, sino que persigue otras finalidades que podrían calificarse de espurias.

3. Sobre las partes procesales

En el Capítulo V «Sujetos procesales», del Título I Disposiciones generales, dispone:

«Art. 471 Litisconsorcio facultativo

Varias personas podrán demandar o ser demandadas en un mismo proceso, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto. Los litisconsortes facultativos serán considerados partes independientes respecto de su pretensión».

Como puede fácilmente apreciarse, se abunda en la misma tendencia de confusión terminológica, al utilizar una expresión que no es la seguida ni por la doctrina moderna ni por el CPC, al referirse al “litisconsorcio voluntario” como «litisconsorcio facultativo».

Este tipo de litisconsorcio no obedece a un imperativo legal sino a la libre voluntad de los sujetos en cuyas pretensiones concurra el requisito de existencia de un nexo jurídico entre sus respectivas pretensiones, que haga posible que el proceso de todas ellas puedan ser llevadas a cabo en un proceso único con partes plurales. El fundamento responde a cuestiones de economía procesal. El litisconsorcio voluntario consiste en que una pluralidad de personas actúa bajo una unidad procesal en un mismo proceso, y ello por razones de oportunidad o conveniencia. Por su propio fundamento, se persigue un tratamiento conjunto y unitario de un problema frente a una pluralidad de partes en un solo proceso

(ALMAGRO NOSETE; GIMENO SENDRA, V; CORTES DOMINGUEZ; y MORENO CATENA, 1991, p. 296).

El CPC interesado en la agilización de los procesos y en la búsqueda de una Justicia rápida, expedita y sin dilaciones indebidas, amplía los casos en los que la parte actora puede promover el litisconsorcio tanto activo como pasivo. Así lo dispone el artículo 74 CPC: *«Podrán comparecer y litigar de forma conjunta como partes demandantes o demandadas, dos o más personas, siempre que formulen sus pretensiones basadas en un mismo título o causa de pedir, o que sus pretensiones sean conexas, o porque la sentencia a dictarse respecto de uno pudiera afectar al otro»*.

Como puede observarse, se incluye un nuevo supuesto, aquel que refiere a una afectación (directa o indirecta) del resultado de la sentencia.

Del mismo el CPC explica y desarrolla debidamente la casuística de esta figura, situación nada clara en el todavía vigente Código de Procedimiento Civil, y que a falta de una mayor información por parte del CF, viene a suplir el CPC. Así, por ejemplo, se explica de forma clara los momentos procesales en los cuales es procedente esta pretensión. Es posible que la demanda, inicialmente propuesta frente a una sola persona, pueda ser ampliada frente a otros, siempre que la ampliación se realice antes de que el demandado conteste a la demanda a como establece el artículo 423.1 CPC: *«La demanda podrá ampliarse antes de su contestación, para acumular nuevas pretensiones a las ya planteadas, o para dirigirlas contra nuevas personas demandadas. En tal caso, el plazo para contestar la demanda se volverá a contar a partir de la notificación de dicha ampliación y entrega de la copia del escrito de ampliación de la demanda»*.

La sustanciación del proceso que corresponda no se altera de modo esencial porque el actor decida acumular subjetivamente varias pretensiones. Sucede que las pretensiones, que podrían dar lugar a procesos separados, se tramitarían conjuntamente (una sola fase de alegaciones, un solo período de prueba y una misma sentencia).

«Art. 472. Litisconsorcio necesario.

Cuando en razón del objeto de la pretensión la sentencia afecte directamente a varias personas, éstas deben demandar o ser demandadas en el mismo proceso.

Los litisconsortes necesarios serán considerados como una sola parte; sin embargo, se requiere del consentimiento de todos para transigir, allanarse o realizar cualquier acto que signifique la disposición del derecho en litigio. Las actuaciones procesales de cada litisconsorte favorecerán a los demás.

En los casos del litisconsorcio necesario, el juez o jueza ordenará la integración del mismo; tratándose de la parte demandante, ordenará la comparecencia de todos los interesados en la forma que establece esta Ley y cuando se refiera a la parte demandada, requerirá al demandante que proporcione los datos necesarios a fin de emplazar a todos los litisconsortes. Si antes de pronunciar el fallo, el juez o jueza advirtiere la ausencia de personas que conforman el litisconsorcio necesario, ordenará su integración».

En primer lugar, la redacción del artículo es confusa y asistemática. En términos generales, su contenido se refleja en el nuevo texto procesal, si bien en éste plasmado de forma clara y sistemática, tal y como lo exige la doctrina y la teoría general del proceso.

No obstante, nos encontramos con una diferencia que lejos de ser intrascendente es fundamental para el ejercicio de las garantías procesales de las partes. Si se observa el artículo del CF, la posibilidad de resolver la subsanación de una conformación defectuosa de un litisconsorcio constituido reside únicamente en el órgano jurisdiccional. Esta situación crea una total indefensión a las partes, tanto activa como pasiva, que apreciando un litisconsorcio deficitario o no ajustado a la Ley, no cuenta con la probabilidad de resolver dicha situación proponiendo un incidente de nulidad, entre otros, para el caso de la parte demandante, o una excepción procesal, en el caso de la parte demandada.

«Art. 473. De los terceros

Podrán intervenir en el proceso los terceros que sean titulares de un derecho vinculado al objeto de la pretensión y puedan resultar afectados por la sentencia.

Al demandar o al contestar la demanda las partes pueden solicitar al juez o jueza que emplace a un tercero, respecto de quien consideren común la pretensión u oposición. Hecho el emplazamiento el tercero queda vinculado al proceso y la sentencia surte efectos respecto de él.

Los terceros coadyuvantes que intervengan en el proceso lo tomarán en el estado en que se encuentre al momento de su comparecencia; sin embargo, si aquellos propusieren pruebas sobre hechos que no han sido alegados por las partes, el juez resolverá sobre su recepción. Los terceros excluyentes también tomarán el proceso en el estado en que se encuentre y podrán proponer las pruebas necesarias para la defensa de sus pretensiones».

La presente disposición adolece de una redacción confusa la cual de nuevo, vuelve a incidir en el uso de terminología arcaica. Antes de entrar a abordar esta cuestión, hay que hacer notar que esta disposición limita la actuación de una de las partes con respecto al CPC. Así, el artículo en comento, en los casos de intervención «provocada» por la parte demandada, no prevé la posibilidad de la

parte actora de alegar lo que más le convenga sobre tal solicitud. A este tipo de casos, también nos referíamos en la introducción de este trabajo, pues las excepciones sin justificación aparente (y las justificaciones de excepciones en derecho nunca pueden ser aparentes, sino bien fundamentadas) son contrarias a derecho pues violan el principio de igualdad (RIFÁ SOLER; RICHARD GONZÁLEZ; y RIAÑO BRUN, 2006, p. 267 y ss.).

Sin embargo, es clara, por otro lado, en la situación en la queda el tercero una vez emplazado. La Ley permite ante su situación la posibilidad de defensa de sus intereses tomando parte en un proceso ya en marcha, esto es, asimilándose al mismo. Y lo importante del caso es que en el plano procesal, a esa persona, una vez que ha intervenido, ya no cabe considerarla tercero sino sólo parte, una parte más. Se puede decir que el tercero deja de ser tal tan pronto como se integra en el proceso pendiente. No caben situaciones intermedias (RAMOS MÉNDEZ, 1990, pp. 309 y ss.).

En cuanto a la cuestión terminológica, que arriba se adelantaba, el CF utiliza los términos de “tercero coadyuvante” y “tercero excluyente”.

En cuanto al primero, es decir, al «tercer coadyuvante», es cuando un tercero interviene en el proceso pendiente entre otros, no alegando un derecho independiente frente a las partes originarias, sino con el fin de coadyuvar a esta intervención de terceros la doctrina le denomina «intervención adhesiva simple»; en cambio, el «tercer excluyente» es la entrada de un tercero en un proceso alegando un derecho sobre el objeto acerca del cual se debate en el mismo, ejerciendo una pretensión contra ambos, denominada doctrinalmente «intervención principal» (PRIETO-CASTRO, 1968, p. 328; GUASP, 1956, p. 224. OVALLE FAVELA, 2000, p. 273).

En este sentido, los artículos 77 y 78 del Código Procesal Civil regulan esta materia muy detalladamente, distinguiendo entre intervención voluntaria e intervención provocada, destinando a cada forma un artículo diferenciado, el 77 y el 78 respectivamente. Fuera de estos casos no existe en el CPC otra clase de intervención como es la «intervención principal», que se caracteriza porque el tercero solicita una tutela incompatible con la pedida por las partes; o la «intervención adhesiva simple», en la que el tercero coadyuva con la postura del actor o del demandado como se explicó anteriormente.

4. Sobre la contestación a la demanda

En el Capítulo III «*Demanda y contestación*», del Título II Proceso espacial común de familia, se lee:

«Artículo 502. De la contestación a la demanda

«...Si el demandado no contestare la demanda, pero se presentare posteriormente al proceso, deberá igualmente hacer la anterior declaración. El incumplimiento de esta obligación o bien la falsedad de los datos o la omisión de información hará incurrir en responsabilidad penal».

El presente artículo se presenta una serie de inconsistencias no sólo de forma intrínseca sino con el resto del articulado, lo que la convierte en una norma compleja y, en algunos casos, ineficaz para el objetivo al que sirve.

Según esta norma, el demandado deberá contestar a la demanda en todo caso. Sin embargo, atendiendo a la doctrina, el demandado no tiene la obligación de personarse en el proceso, ni de contestar a la demanda, sino que tiene la carga de hacerlo. Es decir, que si el demandado no comparece la única consecuencia jurídica de su inactividad es la preclusión de su principal oportunidad de defenderse a través de la presentación del escrito de contestación a la demanda. Es por ello, que la ausencia del demandado en el proceso no supone la ni la paralización, ni la interrupción ni la terminación del litigio. Con o sin demandado presente en el proceso, el demandante obtendrá la tutela que solicita siempre y cuando pruebe que efectivamente tiene derecho a ella (GOMEZ ORBANEJA; y HERCE QUEMADA, 1976, pp. 264-265. En el mismo sentido, TORREZ PERALTA, 2011, p. 203).

Hay que tener presente que el hecho de estar ordenado el proceso en unidades de tiempo computadas en plazos, supone que cada actuación procesal deberá ser realizada dentro del tiempo señalado al efecto, sin posibilidad de ser realizada en un momento posterior. A esto se le denomina «preclusión» y tiene su explicación en la propia naturaleza del proceso que es la continuación ordenada de actos que llevan a una resolución. El principio de preclusión impone, la carga procesal de aprovechar libremente las posibilidades que cada momento ofrece a las partes para su defensa.

De lo anteriormente expuesto, tanto la doctrina como en la legislación procesal civil no se habla de derechos y obligaciones sino de «cargas procesales». Las cargas procesales, son aquellos actos que debe realizar la parte interesada a fin de evitar una desventaja procesal y evitar una sentencia desfavorable (ALMAGRO NOSETE; GIMENO SENDRA; CORTES DOMINGUEZ; y MORENO CATENA, 1991, p. 207).

Como puede observarse, la finalidad de las referidas cargas procesales, es el hacer progresar el proceso a través de la ejecución de una conducta que a las partes le es útil y que su inobservancia sólo afectara a sus propios intereses, como la de contestar a la demanda, la solicitud y práctica de la prueba, el ejercicio de los recursos, etc., como por ejemplo, yo no tengo la obligación de contestar a la demanda y de interponer un recurso sino la carga de contestar a la demanda, ya que sino la contesto voy a ser declarado rebelde o si no

interpongo el recurso, la sentencia se convierte en firme. La carga tiene como peculiaridad, por lo tanto, que su ejecución es preclusiva.

Pues bien, la contestación a la demanda es aquel acto procesal escrito, por medio del cual la parte demandada dispone de la oportunidad de defenderse frente a los hechos y fundamentos de Derecho aducidos en la demanda, ejercitando el derecho de acción (o derecho constitucional de acceso a la jurisdicción consagrado en el art. 34 Cn) y solicitando expresamente la inadmisibilidad o la desestimación de aquellas pretensiones.

Ante la presentación de una demanda, la parte demandada tiene varias opciones: una actividad defensiva, una «actitud pasiva», reconvenir o no presentarse al proceso.

En el primer caso, el demandado contesta a la demanda aduciendo las excepciones y defensas, tanto materiales como procesales, con lo cual su única pretensión seguirá siendo la desestimación de la demanda, pero creará ya en el juez la obligación de pronunciarse sobre el fundamento o inconsistencia de las excepciones esgrimidas, igualmente también puede oponerse a la acumulación de pretensiones (art. 427.3, 4 y 5 CPC); la actitud pasiva consiste en limitarse a la negación de lo alegado por la parte contraria; la parte demandada puede «contraatacar» contra el originario demandante formulando la reconvencción de la que se estudiara más adelante (art. 429.1 CPC); sobre la rebeldía se comentará más adelante.

No obstante, hacer unas aclaraciones sobre la misma en atención a lo contenido en el artículo comentado. Esta disposición es coherente con la naturaleza preclusiva de la contestación a la demanda, es decir, que estamos ante un acto que tiene unos tiempos de realización señalados específicamente (en el plazo de diez días que establece el artículo 519 del CF), más allá de los cuales la contestación pierde su oportunidad por entender que pierde su sentido. Disponer lo contrario, no sólo es contrario a derecho sino que provocaría un desajuste en el desarrollo normal del proceso que perjudicaría a ambas partes.

Otro comentario que no debe ser inadvertido por cuanto lo considero preocupante, es la consecuencia que asigna a la no presentación del escrito de demanda. Una sanción penal a una mera y supuesta infracción a una norma civil de procedimiento rompe con todas las reglas de la proporcionalidad, haciendo extensivo a situaciones rituales, la rama del derecho con mayores interferencias en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona.

«Art. 506 Excepciones

El demandado, al contestar la demanda, deberá alegar todas las excepciones dilatorias o perentorias que considere a su favor. Las excepciones perentorias sobrevinientes

podrán ser alegadas en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia, las que se resolverán en audiencia».

En este precepto quiero aclarar únicamente que ni la doctrina moderna ni la nueva legislación procesal civil⁵⁵ utilizan la terminología arcaica de excepciones «dilatatorias» y «perentorias» sino la de excepciones «procesales» y «materiales». Con dicha terminología, excepciones «procesales» serían las relativas al examen y control de los presupuestos procesales, mientras que las «materiales» versan sobre los problemas derivados del fondo del asunto (RAMOS MÉNDEZ, 1990, pp. 483-484).

Esto es importante por cuanto que el uso por el CPC de los términos «procesales» y «materiales» está haciendo referencia a una concepción dualista de las relaciones entre derecho y proceso proveniente de la doctrina denominada «clásica», cuyo peso se mantiene tanto en el ámbito pedagógico como en el ámbito forense más avanzados (RAMOS MÉNDEZ, 1990, p. 7).

5. Sobre la rebeldía

En el Capítulo V «Notificaciones, emplazamientos y nulidad de actos», del Título II Proceso espacial común de familia, dice:

«Art. 516 Rebeldía

La persona que demostrare no haber sido notificada conforme establece esta ley y tuviere conocimiento del proceso, podrá personarse en cualquier estado de éste y pedir la declaración de rebeldía, cuya admisión tendrá los efectos de nulificar los actos procesales realizados, retrotraer el proceso al estado en que se encontraba al momento de acaecer el hecho causante de la rebeldía, conceder la intervención de parte y restablecer la relación procesal».

Frente a la demanda la primera respuesta que puede adoptar el demandado es la de no comparecer; a esta actitud, entendida como inactividad inicial y total, se le llama «rebeldía».⁵⁶ La doctrina y el nuevo Código Procesal Civil entienden que es aquella situación procesal que se origina en el ámbito de la primera instancia cuando, tras ser admitida a trámite la demanda y procederse al emplazamiento del demandado para contestar la demanda, no comparece en forma en el plazo de diez días en el emplazamiento (art. 519 CF). No cabe duda que a esta

⁵⁵ El Código Procesal Civil dispone que «en la contestación a la demanda, se expondrán los fundamentos de la oposición a las pretensiones de la parte actora, alegando las excepciones materiales que correspondan, a criterio de la parte demandada» (art. 427.3). «También habrá de aducir la parte demandada, las excepciones procesales o defectos procesales...» (art. 427.4).

⁵⁶ El art. 502 CF en comentario no utiliza el término rebeldía sólo dice «si el demandado no contestare la demanda».

situación se llega por dos causas:

1ª. Cuando el demandado realmente no conoce de la existencia del proceso seguido contra él, lo que originaría la «rebeldía involuntaria».

2ª. Cuando el demandado que conoce la existencia del proceso no comparece porque no quiere o porque no conviene a sus intereses el comparecer: es la «rebeldía voluntaria».

La distinción tiene importancia en el supuesto contemplado el nuevo Código Procesal Civil, pero sólo a los efectos de que el rebelde involuntario pueda ejercitar la «acción de impugnación de rescisión de sentencia firme, en los plazos y forma previsto en este Código» (art. 437.2 PCPC).

De lo expuesto puede desprenderse que la situación procesal de rebeldía presenta las siguientes características:

- a) La rebeldía es una situación jurídica privativa de la parte demandada o sujeto pasivo del proceso. Sólo él puede incurrir en rebeldía si no se persona en un proceso pendiente cuando legalmente se le otorga la posibilidad de hacerlo (RIFÁ SOLER; RICHARD GONZÁLEZ; y RIAÑO BRUN, 2006, p. 345).
- b) La rebeldía únicamente puede darse por el quebrantamiento de la carga del demandado de efectuar la primera comparecencia a la que es requerido en el proceso, es decir, por la ausencia del mismo cuando le sea dada la primera oportunidad de personarse o comparecer en la primera instancia.
- c) La rebeldía es un comportamiento procesal que precisa ser homologado por el juez, mediante la denominada «declaración de rebeldía», que consiste en una declaración por la que el órgano judicial ante quien la parte emplazada debía haber comparecido se limita a constatar su falta de personación en el plazo indicado (art. 434.I CPC).

Ahora bien, la declaración de rebeldía produce el principal efecto en el proceso:

La declaración de rebeldía no impide que el demandado comparezca en cualquier momento del proceso. En este sentido el artículo 437.I CPC dispone que «la parte rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento mediante comparecencia en forma, sujetándose al estado en que se encuentre el proceso, sin que se pueda retroceder en las actuaciones». Esta declaración extemporánea, no le impide al demandado rebelde participar activamente en los actos procesales que resten por llevar a cabo en el conjunto del procedimiento de que se trate; pero tampoco le otorga el privilegio de ocasionar con su intempestiva comparecencia

una retroacción de las actuaciones procedimental a como lo plantea erróneamente el Código de Familia, e incluso lo más absurdo de dicho Código va más allá al expresar que el demandado *«podrá personarse en cualquier estado de éste y pedir la declaración de rebeldía»*, esto va contra la propia naturaleza jurídica del proceso. Imaginasen como el mismo demandando va a pedir sea declarado rebelde si eso sólo le compete al actor o al órgano jurisdiccional pero nunca al demandado.

No obstante, el artículo 519 párrafo final del CF dispone que *«La no contestación de la demanda, no interrumpe el proceso y el juez o jueza fallará conforme las pruebas que se practiquen en el proceso. El demandado podrá incorporarse en cualquier momento del proceso, sin retrotraerlo»*. Como puede observarse esto último enmienda el error del precepto 516 del mismo Código. Pero me pregunto, ¿cómo el legislador establece dos artículos que se contradigan entre sí? En mi modesta opinión no me queda más que decir que es falta de seriedad a la hora de discutir las normas, que esto quede de ejemplo para las futuras reformas legales.

6. Sobre la audiencia inicial

En el Capítulo VII *«Audiencia inicial»*, del Título II Proceso espacial común de familia, dispone:

«Art. 527 Ausencia del actor en la audiencia inicial

Si el actor o reconviente no se presentaren a la audiencia inicial, sin causa que a juicio del juez o jueza se justifique, se tendrá por desistido del proceso y se le impondrán las costas».

En primer lugar, este precepto parte únicamente de la ausencia a la audiencia inicial de la parte actora, señalando que si ésta no comparece *«se tendrá por desistido del proceso»*. Nos preguntamos qué sucedería si se presentara el abogado de la parte demandante sin la presencia de su representado.⁵⁷ Tampoco refiere respecto a una posible incomparecencia de la parte demandada en la audiencia inicial. La omisión de la norma no se corresponde con una banalidad en sus consecuencias. Expreso esto porque los efectos jurídicos que se derivan de la inasistencia de las partes al acto de la audiencia inicial son diferentes según deje de comparecer la parte actora o deje de comparecer la parte demandada y trascendentes. Nos encontramos ante una situación que no puede ser subsanada por el vigente código procedimental, por cuanto en tal texto, por su carácter escrito, no se encuentra recogida esta figura.

⁵⁷ Recuérdese que el artículo 469 párrafo primero CF expresa: *«Toda persona que peticione por cualquiera de los asuntos relacionados en este Libro, actuará con representación de abogado o abogada, ante la autoridad judicial que corresponda»*.

El artículo 440 CPC vendrá a subsanar, cuando se apruebe, esta deficiencia al prescribir lo siguiente:

«1. Cuando ambas partes o sus respectivas apoderadas o apoderados dejen de concurrir a la audiencia inicial, la autoridad judicial pondrá fin al proceso sin más trámite».

«2. Cuando la parte demandante o su apoderada o apoderado, no asista a la audiencia inicial y la parte demandada o su apoderada o apoderado, no muestre interés legítimo en la prosecución del proceso, se pondrá fin a éste y se impondrán las costas a la parte demandante».

«3. Cuando la parte demandante o su apoderada o apoderado no compareciera a la inicial y la parte demandada mostrara interés legítimo en la prosecución del proceso, la autoridad judicial ordenará la continuación de la audiencia, en lo que sea procedente».

«4. Cuando la parte demandada o su apoderada o apoderado no compareciera a la audiencia inicial, la autoridad judicial ordenará la continuación del proceso, sin que dicha ausencia suponga allanamiento, ni admisión de los hechos por la parte demandada».

Sería interesante conocer cómo se están resolviendo actualmente estos casos, y más interesante saber cómo se están fundamentando.

7. Sobre la sentencia firme

En el Capítulo IX «De la sentencia», del Título II Proceso espacial común de familia, se lee:

«Art. 543 Resolución firme

Será firme la sentencia cuando las partes no interponen recurso contra ella, dentro del término de ley o cuando el Tribunal de Apelaciones ha dictado sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto. Las sentencias firmes serán ejecutoriadas sin necesidad de nueva declaración judicial expresa».

Hay que tener presente que como exponente de resoluciones firmes, el CF sólo se refiere a las sentencias, ¿qué pasa entonces con los autos que pongan término anticipadamente a la primera instancia, como por ejemplo en aquellos casos en que por acuerdo de las partes se declara concluso el proceso?

Del artículo transcrito puede observarse que es incomprensible en el sentido que dice que la resolución será firme «o cuando el Tribunal de Apelaciones ha dictado sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto». El amigo lector se preguntará ¿cómo puede ser firme en segunda instancia, si la parte

perjudicada o agraviada por la sentencia de apelación ha recurrido de casación? Esto pareciera que el legislador no se dio cuenta que instauro el recurso de casación.

Como puede observarse dicho concepto de resolución firme es absurdo porque las partes no obtendrán una sentencia firme hasta que no agoten las vías ordinarias y extraordinarias, y el CF lo que da a entender es concluida la segunda instancia ya hay resolución firme, cosa que no es así ya que se instauro el recurso de casación.

Téngase en cuenta que el artículo 193 del Código Procesal Civil da un amplio concepto, según el cual *«son resoluciones aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la ley, o porque estando previsto, transcurrió el plazo legalmente fijado, sin que ninguna de las partes lo haya presentado; o porque habiéndolo presentado, desistiera el recurrente, o porque no hubiera sido admitido»*.

En definitiva, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 193 CPC y, completando con la doctrina puede señalarse que una “resolución judicial” adquiere el carácter de firme (ALMAGRO NOSETE; GIMENO SENDRA; CORTES DOMINGUEZ; y MORENO CATENA, 1991, p. 487 y ss. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y LARENA BELDARRAIN, 2006, p. 334):

1°. Cuando la Ley no permite recurso contra la misma.

2°. Cuando permitiendo recursos se deja transcurrir el plazo concedido para interponerlo.

3°. Cuando interpuesto el recurso en el plazo legal, el órgano judicial lo declara inadmisibile.

4°. Cuando interpuesto, admitido y mejorado el recurso se separa o desiste del mismo el recurrente.

Como fácilmente puede observarse el artículo 543 CF, es incompleto e incoherente pues sólo se refiere a las sentencias cuando la firmeza ha de calificar cualquier otro tipo de resolución judicial.

8. Sobre el recurso de casación

En el Capítulo XI *«Del recurso de casación»*, del Título II Proceso espacial común de familia, dispone:

«Art. 551 Motivos para Interponer el Recurso de Casación

El recurso de casación podrá interponerse por fundamentarse en:

a) *La violación notoria de derechos humanos en la actuación de las autoridades judiciales.*

b) *Para la protección del interés superior jurídico del niño, niña o adolescente».*

Partimos en primer lugar, de que el recurso de casación constituye un medio de impugnación extraordinario, devolutivo, y subsidiario del de apelación, que la Ley otorga a las partes para obtener la invalidación de una sentencia cuando ésta ha sido dictada por un procedimiento vicioso o cuando el órgano jurisdiccional ha infringido la Ley decisoria del conflicto al resolverlo (LÓPEZ SÁNCHEZ, 2004, p. 17. TORRES GUDINO, 1957, pp. 22-23. VÁSQUEZ SOTELO, 1974, p. 925 LOREDO COLUNGA, 2004, p. 73; DE LA PLAZA, 1944, pp. 65-66; FENECH NAVARRO, 1980, p. 570).

El recurso de casación tiene por finalidad garantizar el cumplimiento a cabalidad de los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica e igualdad a través de la imposición de su jurisprudencia la cual se va conformando gracias a la uniformidad del sentido que se otorga a cada acción de los concretos recurrentes en cada caso, permitiendo, en general, la previsibilidad de sus fallos, y así el conocimiento de *«la regla que les será aplicada en una eventual controversia para que puedan, por consiguiente, ajustar sus conductas a la presumible resolución judicial»* (GUZMÁN FLUJA, 1996, p. 51). Es decir, a través de la tutela del derecho en el caso concreto, extraer una interpretación conforme a Derecho de la norma jurídica con valor general, garantizando la eficacia de la uniformidad de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico

Lo anterior, nos delimita el fondo del asunto a ser objeto de sujeción casacional, por cuanto debe tratarse de causas que supongan una infracción a los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad. Sobre este asunto se volverá más adelante.

En tercer lugar, el recurso de casación presenta diversas formas, derivadas de las distintas situaciones que pueden presentarse. Así, atendiendo a los motivos en que pueda fundarse el recurso de casación y las resoluciones impugnables, pueden distinguirse los siguientes tipos de casación: fondo y forma.

a) Casación de fondo

El recurso de casación en el fondo (o *«errores in iudicando»*) tiene por objeto invalidar determinadas sentencias cuando se han pronunciado con error de derecho, influyendo dicha infracción sustancialmente en lo dispositivo de la resolución. En caso de prosperar la alegación del motivo, la función del tribunal *«ad quem»* no es meramente negativa, es decir, no se limita a casar la sentencia, antes bien, sin reenvío al tribunal de instancia, dicta la sentencia que proceda en cuanto al fondo (GUTIÉRREZ BARRENENGOA; y LARENA BELDARRAIN, 2006, p. 349).

b) Casación de forma

El recurso de casación en la forma (o «errores in procedendo»), aquél medio de impugnación que la Ley concede a las partes para obtener la invalidación de una sentencia que ha sido dictada con infracción a los requisitos legales o en un proceso que no se ha ajustado a las formas esenciales del procedimiento (RAMOS MÉNDEZ, 1990, p. 745).

En caso de estimación o casación de la sentencia por el órgano «*ad quem*», la función del Alto Tribunal es meramente negativa: la resolución se limita a ordenar la reposición de los autos al momento en que se cometió la falta y a partir de ahí se sustancia de nuevo el proceso por el órgano judicial de instancia, o se deja a salvo el derecho de las partes para ejercitar las pretensiones ante quien corresponda (art. 575.1, 2, 3 y 4 CPC).

Ahora bien, teniendo en cuenta la trascendencia de la clasificación del recurso en cuanto sus consecuencias, cabría preguntarse, ¿qué tipos de recursos de casación contempla el CF? Recuérdese que el artículo 551 del mismo Código expresa que el recurso de casación sólo podrá fundamentarse en: «a) *La violación notoria de derechos humanos en la actuación de las autoridades judiciales*. b) *Para la protección del interés superior jurídico del niño, niña o adolescente*». ¿Qué tipo de motivos son estos? ¿De fondo o de forma? Para responder a estas interrogantes hay que recurrir a interpretaciones doctrinales, lo cual en este caso, puede dar lugar a diversas interpretaciones que vulneren el principio de igualdad. Habrá que esperar a la asertividad del CPC para que esta cuestión quede debidamente resuelta.

Otro asunto, tampoco de menos importancia, responde a la necesidad de concretizar los supuestos susceptibles de casación. Hay que tener presente que la casación, es un recurso extraordinario, es decir, no está abierto a todo tipo de resoluciones judiciales ni a todo tipo de infracciones. Tan sólo determinadas resoluciones judiciales tienen acceso a la casación y además por motivos tasados. Debido a su enorme importancia en el tipo de violación y a su trascendencia, ya señalada, es que la Ley señala casuísticamente las infracciones que dan lugar a la casación⁵⁸ (BARQUÍN ÁLVAREZ, 1976, p. 135; VESCOVI, 1979, p. 31).

Plantea la doctrina que en la sentencia recurrible de casación debe concurrir motivo específico fundamentador de la impugnación como segunda de las premisas definitorias del peculiar ámbito de los recursos extraordinarios (LOREDO COLUNGA, 2000, p. 225). Los motivos o causales de casación responden a conceptos concretos y delimitados, en los cuales el agravio ha de tener, por tanto, encaje legal en alguno de los supuestos establecidos en la norma procesal civil (FIX-ZAMUDIO, 1978, p. 201).

⁵⁸ Véase art. 562 CPC.

A pesar de lo anterior, los criterios contenidos en el artículo en comento, muestran una total imprecisión, vaguedad y ánimo expansivo, justo lo contrario a lo exigido por la doctrina. El primer criterio señalado referido a «*La violación notoria de derechos humanos en la actuación de las autoridades judiciales*» presenta, en principio, un marco de actuación que incluso podría sobrepasar los actos propios del propio proceso. En primer lugar, la expresión “violación notoria” es una expresión demasiado vaga que atenta contra los principios de seguridad jurídica y certeza. ¿Quién va a determinar la notoriedad de la violación? Y ¿a qué tipo de violación hace referencia? “Violación notoria” no es un término jurídico, más bien sociológico que no puede venir a cumplir con la exigencia de certidumbre y legalidad que se exige a toda norma jurídica. En cuanto al concepto de “derechos humanos”, ¿a qué cuerpo legal nicaraguense en vigor debo recurrir para determinar los llamados “derechos humanos” cuando la Constitución no menciona el término “derechos humanos”? ¿se deben incluir los principios constitucionales? Y, en tal caso, ¿todos?, o ¿también los llamados “derechos fundamentales” por la norma Suprema?, y en ese caso ¿también todos? Como puede observarse, la inexactitud de la norma es lo suficientemente grave como para no cumplir con los requisitos de legalidad, certeza y taxatividad que la Ley en este rubro exige.

En segundo de los criterios que se mencionan adolece de las mismas fallas que el primero. La expresión «*Para la protección del interés superior jurídico del niño, niña o adolescente*», tampoco puede ser un criterio de selección casuística para casos de casación. Todo el CF, cada una de sus normas tiene, directa o indirectamente, el objeto de proteger el interés superior del niño.

IV. Conclusiones

Como se señaló al principio, la separación de la regulación en dos textos diferenciados ha llevado, en el presente caso, a situaciones de notoria confusión, ambigüedad, indefinición y arbitrariedad, enemigos acérrimos del derecho a la tutela judicial efectiva.

La evidente existencia de un carácter especial de algunas normas procesales para juicios de familia no justifica la creación de un cuerpo separado de normas sino que su inclusión como “procesos especiales” dentro del CPC no sólo respondería a una sistemática técnica jurídica y legislativa sino que vendría a subsanar y a eliminar las lagunas e incongruencia provocadas por dicha dispersión sin fundamento, como así ya se han evidenciado en este breve análisis.

Por otro lado, la vigencia de manifestaciones propias del principio «*inquisitivo*» no es incompatible con la nueva orientación del proyecto, que justificado por la involucración de la familia, se puede remitir su regulación como procesos

sumarios con especialidades específicas, y así evitar, que los operadores de justicia procesal de familia tengan que estar recurriendo a ambos textos legales.

Y esta ha sido la trayectoria de países con los que Nicaragua comparte una tradición histórica y doctrinaria, como España, en donde estos procesos «especiales» se contemplan dentro de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (Libro IV «De los procesos especiales», arts. 748 a 811). Esa situación no es extraña en Nicaragua, recordemos el caso en el Derecho Laboral, donde el Código del Trabajo contemplaba también normas procesales y que con el tiempo tuvo que derogarse para crear el nuevo Código Procesal Laboral.

En manos del legislador está suprimir ese proceso contemplado en el Código de Familia y establecer una regulación específica dada la naturaleza jurídica de estos procesos pero dentro del CPC para no caer en la dispersión, pero sobre todo para no caer en la inseguridad jurídica ni la arbitrariedad.

V. Referencias bibliográficas

ALMAGRO NOSETE, J; GIMENO SENDRA, V.; CORTES DOMINGUEZ, V., y MORENO CATENA, V. (1991) *Derecho procesal civil, parte general, proceso civil*, (5ª ed.), t. I, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

BARQUÍN ÁLVAREZ, M., BARQUÍN ÁLVAREZ, M. (1976) *Los recursos y la organización judicial en materia civil*, México, Ed. Publicaciones IIJ-UNAM.

CALAMANDREI, P. (1962) *Instituciones de Derecho procesal civil*, v. I, Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires, Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, 1962.

CORDÓN MORENO, F. (2004) «El Derecho a obtener la tutela judicial efectiva», núm. 22, en *Cuadernos de derecho judicial, derechos procesales fundamentales*, Madrid, Ed. Publicaciones Consejo General del Poder Judicial.

DE LA PLAZA, M. (1944) *La casación civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2000) «Reflexiones sobre algunas facetas del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a lo recursos. Derecho a una resolución fundada en derecho)», núm. 10, en *Cuadernos de derecho público*, Madrid, Ed. Publicaciones Instituto de Administración Pública.

FENECH NAVARRO, M. (1980) *Derecho procesal penal*, Madrid, Ed. Tecnos.

FIX-ZAMUDIO, H. (1978) «Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano», t. I, núm. 5, en *Memoria de El colegio nacional*, México, DF, Ed. Colegio Nacional.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2001) «Los procesos civiles», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Barcelona, Ed. Bosch.

GOMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. (1976) *Derecho procesal civil, parte general, el proceso declarativo ordinario*, (7ª ed.), v. I, Madrid, Ed. Artes Gráficas y Ediciones.

GUASP, J. (1956) *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y LARENA BELDARRAIN, J. (2006) *El proceso civil*, (2ª ed.), t. II, Madrid, Ed. Dykinson.

GUZMÁN FLUJA, V. (1996) *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Valencia, Ed. Editorial Tirant lo Blanch.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2004) *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Pamplona Ed. Aranzadi.

LOREDO COLUNGA, M. (2004) *La casación civil, doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S. (2010) *Derecho jurisdiccional*, (18ª ed.), t. I, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

OVALLE FAVELA, J. (2000) *Teoría General del Proceso*, (4ª ed.), México, DF, Ed. Oxford University Express.

PRIETO-CASTRO, L. (1968) *Derecho procesal civil*, (9ª ed.), v. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

RAMOS MÉNDEZ, F. (1990) *Derecho procesal civil*, (4ª ed.), t. I, Barcelona, Ed. José María Bosch Editor.

RIFÁ SOLER, J; RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I. (2006) *Derecho procesal civil*, t. I, Pamplona, Ed. Publicaciones Gobierno de Navarra.

RIFÁ SOLER, J; RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I. (2006) *Derecho procesal civil*, t. II, Pamplona, Ed. Publicaciones Gobierno de Navarra.

TORRES GUDINO, S. (1957) *La casación civil en la doctrina, en la jurisprudencia y en las legislaciones europeas y americanas*, Panamá, Ed. Departamento de Bellas Artes y el Ministerio de Educación.

TORREZ PERALTA, W. (2011) *Manual de Derecho procesal civil nicaragüense*, Ed. Managua, Hispamer.

VÁSQUEZ SOTELO, J.L. (1974) «Rasgos definidores de la casación civil española», N°. 4, Madrid, en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*.

VESCOVI, E. (1979) *La casación civil*, Montevideo, Ed. IDEA.